Heft 36 [2497] 65. Jahrgang 5. September 1936

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwalt **Dr. Droege**, unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsgruppenrates: Rechtsanwälte **Dr. Hanns Fritzsche**, Leipzig, **Dr. Hawlitzky**, Forst i. L.; **Dr. Ernst Ladwig**, Berlin; **Dr. Ferdinand Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Rudat**, Königsberg (Pr.); **Wilhelm Scholz**, Berlin; **Dr. Artur Schußler**, Weinheim; **Dr. Emil Schwartz**, Prenzlau, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 3718

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.. Oscar Brandstetter, Leipzig C Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Der strafrechtliche Ehrenschutz der Familie *)

Von Professor Dr. Dahm, Kiel

Die bis vor kurzem herrschende Auffassung sah nur den einzelnen als Träger einer Ehre an. Der Gemeinschaft wurde kein Ehrenschutz zugebilligt. Die Ehre galt als ein höchstpersönliches Rechtsgut, das nur dem Einzelnen zukommt. Diese Auffassung, die mit besonderem Nachdruck Binding vertrat[1]), war im wissenschaftlichen Schrifttum nicht unbestritten, wenn auch die Vertreter der Gegenansicht, wie etwa Kohler, Frank oder gar Liepmann von anderen Grundanschauungen ausgingen als das neue völkische Strafrechtsdenken. Sie wurde aber namentlich von der Rechtsprechung vertreten, deren Standpunkt wohl am deutlichsten die häufig angeführte Entscheidung RGSt. 4, 75 zum Ausdruck bringt. Noch die Entscheidung des 1. Senats v. 17. April 1934 = JW. 1934, 2072[57]; RGSt. 68, 120, vermag in ... Äußerung „alle ... und ... sind Lumpe" keine Beleidigung ... und SS. selbst, sondern nur eine solche der einzelnen SA.- und SS.-Männer zu erblicken. Denn: „Die Ehre ist eine Eigenschaft der Persönlichkeit, und daher kann nur diese in ihrer Ehre gekränkt werden" (RGSt. 4, 75). D... nicht die Gesamtheit als solche, sondern nur der Einzelne unter einer Gesamtbezeichnung beleidigt werden.

Diese Auffassung entspringt einer bestimmten politischen ... chaulichen Grundanschauung, die für den Liberalismus ... Prägung kennzeichnend ist, einem Denken, das als sittliches Wesen nur den einzelnen betrachtet und in der Gemeinschaft nur ... Mehrzahl von einzelnen zu erkennen vermag. Dieser individualistische Zug der bis vor kurzem noch herrschenden Lehre tritt besonders deutlich in der Beurteilung der hier erörterten Frage hervor, nämlich in der Stellungnahme zum Ehrenschutz der Familie, der uns im folgenden eingehender beschäftigen soll.

I.

... das geltende Recht enthält verschiedene Vorschriften, in denen der Gedanke der Familienehre anklingt, aus denen ... Ehrenschutz der Familie hätte entwickeln lassen. Hier ist zunächst auf § ... hinzuweisen, wonach, wenn die Ehefrau beleidigt worden ist, sowohl sie wie ihr Mann das Recht hat, Strafantrag wegen Beleidigung zu stellen. Dem Ehemann ist insoweit ein selbständiges Antragsrecht eingeräumt, das nach herrschender und zutreffender Auffassung auch noch dann ausgeübt werden kann, wenn die Ehe durch Scheidung oder Tod der Frau aufgelöst worden ist[2]). Diese Bestimmung hat ihre Wurzel in dem Gedanken, daß der Mann das Haupt der Familie ist und eine die Familie treffende Ehrenkränkung abwehren muß[3]). Nach § 374 Abs. 2 StPO. kann der Ehemann auch selbständig Privatklage erheben. Angriffe gegen die Ehre der Familie stellt auch die Vorschrift des § 189 StGB. über die Beschimpfung des Andenkens Verstorbener unter Strafe[4]). Endlich läßt sich in diesem Zusammenhange auf § 213 StGB. hinweisen, wonach der Totschläger auch dann milder bestraft wird, wenn er zu der Tat ohne eigene Schuld durch eine einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung zum Zorne gereizt und dadurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden war. Auch diese Bestimmung geht offenbar von der Erfahrung des Lebens aus, daß die Glieder einer Familie füreinander einzutreten pflegen und Ehrenkränkungen Angehörigen als gegen sich selbst gerichtet betrachten.

Aber Rechtsprechung und herrschende Lehre haben mit diesen Bestimmungen nichts anfangen können, so wenig wie man etwa den in den §§ 196 und 197 StGB. verborgenen Grundgedanken — nicht nur Einzelne, sondern auch Gesamtheiten können beleidigt werden — als solchen erkannt und entwickelt hat[5]). Gerade gegenüber der Beleidigung der Familie hält die Rechtsprechung an der Auffassung fest, daß nur der einzelne Träger einer Ehre sei. Die davon handelnden Urteile sind für das Rechtsempfinden unserer Zeit nach Ergebnis und Begründung geradezu anstößig. Die Entscheidung des RG.: GA. 48, 441, ein Urteil v. 4. Nov. 1901, erörtert die Frage, ob eine Beleidigung der Familie, also auch der Eltern dann anzunehmen sei, wenn jemand den Eltern der Wahrheit zuwider die Mitteilung macht, ihre großjährige unverheiratete Tochter habe unehelich geboren. Die Entscheidung

*) Dieser Aufsatz enthält zugleich eine Besprechung der Entscheidungen des 2. Sen. 2 D 311/36: JW. 1936, 2229[25] und in diesem ... . 2554 ... und 2 D 362/36 (in diesem Heft S. 2555[33]).

1) ... Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil I, 1902, S. 133 f.

2) Vgl. die Nachweise bei Frank zu § 195.

3) Ebenso Frank a. a. O.

4) Über den Stand der Ansichten vgl. Frank § 189 unter I. Andere erblicken das hier betroffene „Rechtsgut" im Pietätsgefühl der Familie, eine rationalistische Auffassung, die keine Zustimmung verdient.

5) Diese Unterlassung rügt namentlich Otto v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, 146 f.

und Armenrechtsgesuch häufig nur den Zweck einer näheren Begr. des Armenrechtsgesuchs habe, und daß solche vorläufige Mitteilung der Klageschrift noch kein ordentliches Prozeßverfahren einleite.

Wohl aber verkennt der Senat nicht, daß ein starres Festhalten an dem bisherigen Grundsatze, daß selbst bei ausdrücklicher Erklärung der Partei, die Klage solle noch nicht als eingereicht zu betrachten sein, dieser Erklärung rechtliche Bedeutung nicht beizumessen sei, den Belangen des praktischen Rechtslebens nicht gerecht werden würde. Zwar konnte gefordert werden, daß eine Partei, sofern sie zunächst nur das Armenrecht nachsuchen, den Inhalt der von ihr bereits verfaßten Klageschrift dabei also nur als unselbständigen Bestandteil, als Anlage dieses Armenrechtsgesuches verwendet wissen will, nicht bereits die unterzeichnete Klageschrift, d. h. vor allem nicht die Urschrift, bei Gericht mit einreicht. Andererseits würde damit der Zustand herbeigeführt werden, daß die Partei dann nach Bewilligung des Armenrechts stets genötigt wäre, nunmehr erneut an das Gericht heranzutreten und die Klage einzureichen. Dieses Verfahren würde eine vielleicht überflüssige Mehrbelastung aller Beteiligten und auch eine gewisse Verzögerung mit sich bringen, während sonst alsbald nach Beschlußfassung über das Armenrecht die Terminsanberaumung erfolgen kann (wie es tatsächlich allgemein gehandhabt wird).

Es kann daher den Parteien die Möglichkeit nicht abgeschnitten werden, durch besondere Erklärungen gleichzeitig bei Einreichung von Klage- und Armenrechtsgesuch zu erkennen zu geben, daß die Klage bis zur Entsch. über das Armenrechtsgesuch nur als Anlage zu diesem dienen und noch keine selbständige Bedeutung haben soll. Damit würde dann auch der rein tatsächliche Vorgang der Einreichung der Klage noch nicht erfüllt sein.

Voraussetzung für die Anerkennung solchen Vorgehens ist jedoch nicht nur eine klare und eindeutige ausdrückliche Erklärung der Partei, sondern darüber hinaus eine solche Erklärung, die genau erkennen läßt, was für den Fall der verschiedenen Möglichkeiten der Entsch. über das Armenrechtsgesuch (Bewilligung, Ablehnung, teilweise Bewilligung, Bruchteils-Armenrecht, Anordnung von Erhebungen) gelten soll, insbesondere von welchem Augenblick ab die Klageschrift selbständige Bedeutung erhalten und dementsprechend behandelt werden soll. Denn es geht nicht an, daß z. im Falle der Ablehnung des Armenrechts die Klageschrift unbearbeitet liegenbleibt auf die Gefahr hin, daß dadurch der Partei irgendwelche Rechtsnachteile erwachsen, die sie dem Gericht als unsachgemäße Behandlung zur Last legt. Dies würde z. B. vor allem diejenigen Fälle treffen, in denen schon die Einreichung der Klage die Unterbrechung irgendwelcher Fristen mit sich bringt oder sonst mindestens die alsbaldige Zustellung der Klage für die Wahrung von Fristen von Bedeutung ist.

Nur wenn also die Parteien in ihrer besonderen Erklärung allen diesen Möglichkeiten ausdrücklich Rechnung tragen, so daß über die weitere Handhabung nach erfolgter Entsch. des Gerichts keine Unklarheit herrschen kann, kann dieser Erklärung die Wirkung zugestanden werden, daß im einzelnen Falle die Klage noch nicht als eingereicht anzusehen ist.

Im vorl. Falle fehlt aber sogar jede Erklärung. Hier ist also die Klage eingereicht worden und die Prozeßgebühr erwachsen.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 2. Mai 1936, 20 W 2357/36.)

Anmerkung: Es ist tatsächlich ein Problem, das die vorstehende Entsch. wieder einmal behandelt, ein Problem, für welches merkwürdigerweise eine „Patentlösung" noch nicht gefunden worden ist. Auch die neue Entsch. des KG. löst die Frage nicht befriedigend, obwohl sie fraglos unter richtigen Gesichtspunkten an die Entsch. herangeht. Es ist im Prinzip richtig, daß der Eingang zweier Gesuche nebeneinander, die an sich nebeneinander Bestand haben können, das Inlaufsetzen zweier getrennter Verfahren bedeutet. Zweifelhaft ist nur, ob das immer der Fall sein muß, oder ob und unter welchen Voraussetzungen das auch anders sein kann.

Das KG. ist ersichtlich von der Notwendigkeit ausgegangen, eine möglichst klare eindeutige Richtlinie zu ziehen. Das ist erfreulich. Denn ihm ist zuzugeben, daß man nicht erst mit Auslegungskünsten darüber entscheiden kann, was denn nun gemeint ist, ob nämlich (so LG. Karlsruhe) die Einreichung der Klage häufig nur den Zweck einer Begr. des Armenrechtsgesuchs und einer vorläufigen Mitteilung der Klageschrift habe. Welche Stelle soll denn darüber entscheiden?

Erfreulich an obiger Entsch. ist weiter, daß sie die Schwierigkeiten, wie auch die Bedürfnisse der Praxis erkennt und bis zu gewissem Grade auch anerkennt. Ich kann aber nicht zugeben, daß aus dieser Erkenntnis die volle Konsequenz gezogen worden ist. Denn diese kann m. E. nur lauten: ist bei gleichzeitiger Einreichung von Klage und Armenrechtsgesuch nichts besonderes gesagt, dann sind zwei verschiedene Gesuche eingereicht. Erklärt dagegen der Einreichende ausdrücklich, daß zunächst über das Armenrechtsgesuch befunden werden soll, dann bildet begriffsnotwendig die beigefügte Klage oder das sonstige Verfahrensgesuch (Arrest, EinstwVfg., Beweissicherung) nur die Begr. für dieses eine Gesuch. Damit ist dann aber auch kostenrechtlich zur Genüge klargestellt, daß außer dem Armenrechtsgesuch ein weiteres Verfahren noch nicht vorliegt.

Um sich klarzumachen, ob damit alle rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten restlos behoben sind, muß man natürlich fragen, wie sich denn nun das weitere Verfahren abspielt. Erst diese Untersuchung ergibt die Probe auf das Exempel. Was wird, wenn das Armenrecht bewilligt ist, wenn es nur zum Teil, wenn es nur nach einem Bruchteil bewilligt wird, wenn zunächst gar keine Entsch. ergeht, wenn Erhebungen angeordnet werden, wenn abgelehnt wird? Von welchem Augenblick ab soll nun nach dem Willen des Einreichenden die „Anlage" zum Armenrechtsgesuch selbständiges Dasein gewinnen und ein eigenes Verfahren, eben das eigentlich berechtigte Sachverfahren einleiten?

Die Vorfrage dafür ist die: Wie gestaltet sich überhaupt rechtlich die automatische Überleitung vom unselbständigen, rechtlich bedeutungslosen, zum selbständigen, und damit auch rechtlich erheblichen Verfahren? Hier kann alles nur auf den Willen des Einreichenden und die Ausführung dieses Willens durch das Gericht abgestellt werden. Die verfahrensrechtliche Konstruktion beruht also auf der übereinstimmenden tatsächlichen Handhabung des Einreichenden und des Gerichts, zweifellos ein juristisches Novum, bedingt und damit sanktioniert durch ein unmittelbares praktisches Bedürfnis.

Damit arbeitet sich von selbst ganz heraus die grundlegende Bedeutung des erklärten Willens des Einreichenden. Ohne diese Erklärung besteht weder Anlaß noch tatsächlich oder rechtlich die Voraussetzung für die Annahme, daß nicht zwei Verfahren eingeleitet worden sind. Damit übernimmt selbstverständlich der Einreichende in jeder Beziehung die volle Verantwortung für die Folgen. Seine Erklärung kann und muß dann eindeutig dahin verstanden werden: Ich will einen Sachantrag bei Gericht nur anhängig machen, nachdem meinem Armenrechtsgesuch entsprochen ist. Damit beantworten sich zugleich die oben angedeuteten verschiedenen Eventualitäten: nur wenn dem Gesuch antragsgemäß entsprochen ist. Bei jeder, auch nur teilweisen, Ablehnung oder Einschränkung ist somit nach dem Willen des Einreichenden für die Stellung eines Sachantrages noch kein Raum. Die Einreichende hat Zeit, sich zunächst seine weitere Entschließung zu überlegen, und es bedarf einer neuen Erklärung von ihm, bevor rechtlich ein Sachantrag überhaupt als vorhanden angesehen werden kann.

Dieser Weg erscheint, wenn man ihn theoretisch konstruiert, gekünstelt und kompliziert. Er ist aber in Wahrheit nur die Analyse desjenigen, was sich in der Praxis tagtäglich sehr viel einfacher und bedenkenloser abspielt. Diese Analyse scheint mir aber den lückenlosen Beweis zu liefern, daß es einer so komplizierten Erklärung, wie sie das KG. verlangt und wie sie, wohlgemerkt, praktisch ja kaum ausführbar ist, gar nicht bedarf. Das KG. vermutet hier Schwierigkeiten, die bei der von mir erörterten Handhabung nicht vorhanden sind und trägt so in Wahrheit nur dazu bei, die Schwierigkeiten einer praktischen Lösung der Frage zu erhöhen.

Ich unterstreiche also: ausdrückliche Erklärung des Ein-

reichenden ist unbedingtes Erfordernis und sichert den Einreichenden wie zugleich das Gericht für alle Fälle, in denen das Armenrecht nicht voll gemäß dem Antrage bewilligt ist.

RA. und Notar Kubisch, Lübben (Spreewald).

*

70. § 77 DGKG. Die Partei haftet nicht als Antragsteller der Instanz, wenn der Anwalt ohne Auftrag Berufung einlegt.

Nach der Angabe des Kl. hat dieser den RA. B. nur beauftragt, das Armenrecht für die BerInst. nachzusuchen. RA. B. hat diese Angabe bestätigt und erklärt, er habe späterhin auch Berufung eingelegt, weil ihm Fälle bekannt seien, in denen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt worden sei, weil das Armenrecht erst kurz vor Ablauf der Berufungsfrist eingereicht worden sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Gefahr vorliegend für den Kl. bestand. Jedenfalls hat RA. B. die Berufung für den Kl. eingelegt, ohne von ihm bevollmächtigt zu sein.

Daraus, daß der Anwalt späterhin die Berufung nach Rücksprache mit dem Kl. zurückgenommen hat, ergibt sich nicht, daß der Kl. die Einlegung des Rechtsmittels nachträglich genehmigt hat und dadurch der Mangel des Auftrags geheilt ist.

Hiernach ist der Kl. nicht Kostenschuldner für die Kosten des zweiten Rechtszuges geworden (vgl. grundsätzliche Entsch. des Sen. v. 6. Dez. 1929, 20 W 10456/29; Lindemann: JW. 1936, 75).

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 20. Juni 1936, 20 Wa 85/36.)

Preußisches Gerichtskostengesetz und Gebührenordnung für Notare

71. § 10 PrGKG. Das Nachlaßgericht muß vor Eröffnung eines Testaments prüfen, ob sich noch andere Testamente des gleichen Erblassers in seiner Verwahrung befinden, und sie gegebenenfalls zur gleichzeitigen Eröffnung heranziehen. Die durch Unterlassung der Prüfung und spätere Eröffnung eines weiteren in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments entstehenden Mehrkosten sind niederzuschlagen.

Der verstorbene Kaufmann A. hat im Jahre 1900 ein notarielles Testament errichtet, das zur gerichtlichen Verwahrung beim AG. R. eingereicht worden ist. Außerdem hat er im Jahre 1932 ein privatschriftliches Testament verfaßt, das von einem Erben dem AG. R. zur Eröffnung übergeben und eröffnet worden ist. Das notarielle Testament vom Jahre 1900 ist erst in einem späteren Termin eröffnet. Auf Antrag ist die Gebühr für die Eröffnung des Testaments vom Jahre 1900 niedergeschlagen worden. Die Beschw. und weitere Beschw. der Reichskasse sind erfolglos geblieben.

Die Gebühr für die Eröffnung des Testaments von 1900 kann niedergeschlagen werden, wenn sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wäre. Es kommt deshalb darauf an, ob das Nachlaßgericht in rechtlicher oder geschäftlicher Hinsicht unrichtig verfahren ist, indem es das bei ihm in Verwahrung befindliche Testament nicht ermittelte und nicht zusammen mit dem privatschriftlichen Testament eröffnete. Nach § 2260 BGB. hat das Nachlaßgericht, sobald es Kenntnis von dem Tode des Erblassers erlangt hat, Termin zur Eröffnung eines in seiner Verwahrung befindlichen Testaments zu bestimmen. Um dies zu ermöglichen, ist in §§ 45 Abs. 1, 46 Abs. 1 der hier maßgebenden preuß. Geschäftsordnung v. 21. Okt. 1931 bestimmt, daß die Geschäftsstelle sich in jedem Falle an Hand des alphabetischen Namensverzeichnisses davon zu überzeugen hat, ob bereits Akten bestehen, die sich auf die gleiche Person beziehen. Bereits in der zum Zeitpunkt der Übergabe des am 26. Jan. 1900 errichteten Testaments geltenden Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der AG. v. 26. Nov. 1899 (JMBl. 395) war in den §§ 47 Nr. 19 und 56 Nr. 20 die Führung von alphabetischen Namensverzeichnissen zu den Registern für Verfügungen von Todes wegen und für Nachlaß- und Teilungssachen angeordnet worden, ebenso in den Geschäftsordnungen für die Gerichtsschreibereien der AG. v. 11. Okt. 1906 — § 54 Nr. 22 — und v. 18. Febr. 1914 — §§ 53 Nr. 23, 54 Nr. 15 (JMBl. 1906, 305; 1914, 197). Der Beamte der Geschäftsstelle hätte deshalb, als durch die Einreichung der Sterbeurkunde und des im Jahre 1932 errichteten Testaments zum Zwecke der Eröffnung bekannt wurde, daß der Erblasser gestorben ist, gem. § 46 Abs. 1 der angeführten Geschäftsordnung durch Einsicht in das alphabetische Namensverzeichnis zum Erbrechtsregister bzw. zum früheren Register für Verfügungen von Todes wegen feststellen müssen, ob noch gleiche Akten über den Erblasser vorhanden waren und diese zutreffendenfalls beifügen müssen. In dem Verlangen nach unbedingter Beachtung dieser Vorschrift kann eine Überspannung der Sorgfaltspflicht des Urkundsbeamten nicht gesehen werden, weil das alphabetische Erbrechtsregister unabhängig von der Größe des Gerichts eine schnelle und fast mühelose Unterrichtung darüber gestattet, ob noch andere Akten über den Erblasser vorhanden sind. Ein solches Verfahren wird auch dem Interesse der Beteiligten an der alsbaldigen vollständigen Unterrichtung über die Sach- und Rechtslage allein gerecht. Soweit der Senat in früheren Entsch. eine andere Rechtsauffassung vertreten hat, beruhte sie wesentlich darauf, daß nach § 53 der alten Geschäftsordnung v. 18. Febr. 1914 noch keine Verpflichtung bestand, das Register zu Verfügungen von Todes wegen einer Durchsicht zu unterziehen, wenn ein Testament mit der Sterbeurkunde des Erblassers zur Eröffnung eingereicht wurde. Da sich die Rechtslage durch die veränderten Best. der Geschäftsordnung v. 21. Okt. 1931 insoweit geändert hat, stehen die während der Geltungsdauer der Geschäftsordnung v. 18. Febr. 1914 ergangenen Entsch. des Senats der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen.

Wäre das Erbrechtsregister bzw. das frühere Register für Verfügungen von Todes wegen im vorliegenden Falle eingesehen worden, so hätte sich aus ihm ergeben, daß noch Akten betreffend ein im Jahre 1900 errichtetes Testament des gleichen Erblassers bestanden. Diese Akten hätten somit gem. § 46 Abs. 1 der Geschäftsordnung v. 21. Okt. 1931 herangezogen werden müssen, so daß nur noch zu prüfen war, ob das Gericht auch verpflichtet gewesen ist, beide Testamente in einem Termin zu eröffnen. Dies ist zu bejahen. Es entspricht den Anforderungen, die an eine volksverbundene Rechtspflege gestellt werden müssen, daß den Beteiligten nicht Kosten verursacht werden dürfen, die ohne Schwierigkeiten vermieden werden können. Soweit der Senat früher einen anderen Standpunkt vertreten hat, wird dieser nicht mehr aufrechterhalten. Im vorliegenden Falle wären durch die gleichzeitige Eröffnung beider Testamente in einem Termin den Beteiligten nicht nur Kosten erspart worden, auch der Geschäftsgang bei Gericht hätte sich einfacher gestaltet, wenn zur Eröffnung beider Testamente nur ein Termin benötigt worden wäre. In Übereinstimmung mit der Auffassung der Vorinstanzen sind deshalb die Voraussetzungen für die Niederschlagung der Gebühr für die Eröffnung des Testaments vom Jahre 1900 gegeben.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 17. April 1936, 1a Wx 502/36.)

*

72. § 9 NotarGebO.; § 51 PrGKG. Erörtert ein Notar zunächst außerhalb seiner Amtsräume mit den Beteiligten den Inhalt eines Urkundsentwurfs und fertigt er dann in seinem Büro nach Maßgabe dieser Besprechung die Niederschrift des Entwurfs an, so steht ihm neben der Gebühr für den Entwurf die nach der Höhe der Entwurfsgebühr zu berechnende Wegegebühr zu. Die Erwägungen der Entsch. JFG. Erg. 13, 124 = JW. 1935, 1791 führen bei dieser Sachlage nicht zu einer Beschränkung oder zu einem Fortfall der Wegegebühr.

Mit Recht beansprucht der Notar für die Anfertigung des Entwurfs auch noch die Zusatzgebühr aus § 51 PrGKG.,

weil er zunächst außerhalb seiner Geschäftsräume den Inhalt des Entwurfs mit den Beteiligten erörtert und dann erst den Entwurf selbst in seinem Büro niedergeschrieben habe. Der LGPräs. meint unter Hinweis auf die Rspr. des Senats, daß der Notar auf die Wegegebühr keinen Anspruch habe. Der Senat hat allerdings in wiederholten Entsch. (DNotZ. 1935, 235 = JW. 1935, 1791 = JFG. Erg. 13, 124; ferner 1 a X 653/32; 1 a X 555/32; 1 a X 674, 682/32; 1 a X 80/33; 1 a X 307/34) ausgesprochen, daß ein Notar, der nach Anfertigung eines Entwurfs in seinem Büro die Unterschriften der Beteiligten zu der Urkunde außerhalb seiner Amtsräume beglaubigt, die Wegegebühr nur unter Zugrundelegung der Beglaubigungsgebühr aus § 41 Abs. 1 in Höhe von 2/10 der vollen Gebühr berechnen dürfe. Diese Entsch. treffen aber, wie der LGPräs. verkennt, auf den vorliegenden Sachverhalt nicht zu. Denn hier hat der Notar bereits, bevor er in seinem Büro die Entwürfe schriftlich formuliert hat, außerhalb seiner Amtsräume eine Besprechung mit den Beteiligten über den Inhalt des Entwurfs gehabt. Hierbei sind, wie nicht zweifelhaft ist, unter seiner Mitwirkung die einzelnen Punkte des später in dem Entwurf niedergelegten Pachtvertrages inhaltlich festgestellt worden. Erst im Anschluß hieran hat der Notar in seinem Büro den Entwurf endgültig formuliert und, sofern in der vorausgegangenen Besprechung die Vertragsvereinbarungen bereits genau festgelegt sein sollten, sie lediglich im Anschluß hieran zur Niederschrift gebracht. Es geht unter diesen Umständen nicht an, nach Maßgabe der Ausführungen des angefochtenen Beschlusses anzunehmen, die Besprechungen hätten lediglich vorbereitenden Charakter gehabt, die Entwurfstätigkeit, für die dem Notar allein Gebühren zuständen, habe jedenfalls ausschließlich innerhalb seiner Amtsräume stattgefunden. Vielmehr müssen die Besprechungen über den Inhalt des Entwurfs, in denen die einzelnen vertraglichen Vereinbarungen bereits erörtert und festgelegt worden sind, als Beginn und Teil der Entwurfstätigkeit des Notars angesehen werden. Dann aber ist der Notar bei diesem Geschäft auch außerhalb seiner Amtsräume tätig gewesen, so daß er hierfür auch die Gebühren aus § 51 PrGKG. beanspruchen kann.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 17. April 1936, 1 a Wx 146/36.)

Landgerichte:

Altona

73. §§ 850 b, 850 e, 851 ZPO. *Notwendige Spesen der Handelsvertreter sind unpfändbar.*

Die Frage, ob bei einem Provisionsreisenden die zur Deckung seines Geschäftsaufwandes bestimmten Teile seiner Vergütung, d. h. die sog. Spesen, der Pfändung entzogen sind oder nicht, ist in Rspr. und Schrifttum umstritten. Das OLG. Frankfurt: JW. 1936, 343 ff. läßt eine Unpfändbarkeit der Spesen nur dann eintreten, wenn die Spesen rechtlich zweckgebunden sind; diese Zweckgebundenheit soll lediglich dann gegeben sein, falls der Schuldner durch Vereinbarung mit dem Drittschuldner gehalten ist, einen Teil der ihm zufließenden Bezüge zu bestimmten vorgeschriebenen Zwecken im Interesse des Drittschuldners zu verwenden. Ähnlich hat sich das OLG. Dresden: HöchstRRspr. 1936 Nr. 706 ausgesprochen. Dagegen ist das KG.: JW. 1936, 519 ff. der Ansicht, daß von den laufenden Provisionsbezügen eines Reisenden vorweg die Beträge abzuziehen sind, die laufend für die notwendigen Spesen erforderlich sind. Das KG. verneint deshalb die Pfändbarkeit der notwendigen Spesensumme, und zwar sowohl aus dem Gesichtspunkte der Zweckgebundenheit dieser Beträge wie aus dem Gesichtspunkte, daß bei den sog. Spesen eine Rechtsähnlichkeit bestehe mit den in § 811 Nr. 5, 4, 7, 9 ZPO. geregelten Fällen, daß daher diese Best. entsprechend auf die Spesenfrage anzuwenden seien. Wie schon die voneinander abweichenden vorerwähnten Entsch. erkennen lassen, ist die Rechtslage sehr zweifelhaft. Nach Ansicht der Kammer ist sie folgendermaßen zu beurteilen.

Weder § 850 b noch § 850 e ZPO. sieht eine Pfändungsfreiheit hinsichtlich der Spesen vor. Aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte dieser Best., insbes. aus ihrer Vergleichung mit dem § 3 des früheren LohnbeschlG. erhellt vielmehr, daß im Gegensatz zu § 850 ZPO. keine Pfändbarkeit der Spesen vom Gesetzgeber gewollt ist. Die entsprechende Anwendung des § 811 Nr. 4, 5, 7, 9 erscheint daher unangängig. Eine Pfandfreiheit der Spesen läßt sich vielmehr nur rechtfertigen auf Grund des § 851 ZPO., d. h. wenn es sich bei den für Spesenzwecke dem Schuldner zufließenden Bezügen um zweckgebundene Bezüge handelt. In dieser Beziehung erscheint es unwesentlich, ob die Zweckgebundenheit durch ausdrückliche vertragliche Hervorhebung des Spesenanteils festgelegt ist oder durch stillschweigende Abrede, indem die Parteien bei ihrer Vergütungsabmachung darüber einig waren, daß der für die notwendigen Spesen erforderliche Teil zu deren Bestreitung verwandt werden sollte. Deshalb darf dem Schuldner von seinen Bezügen dasjenige, was wirklich zur Bestreitung des notwendigen Geschäftsaufwandes erforderlich ist, nicht im Wege der Pfändung genommen werden.

(LG. Altona, 7. ZK., Beschl. v. 11. Mai 1936, 7 T 227/36.)

*

Berlin

74. §§ 1635, 1677 BGB. *Die Feststellung des Ruhens der elterlichen Gewalt beider Eltern gemäß § 1677 BGB. bleibt nach erfolgter Ehescheidung wirksam und hindert die Anwendung der §§ 1635, 1697 BGB.; auch das Recht der Sorge für die Person des Kindes steht in diesem Falle dem Vormund zu.*

Der Beschw. der Kindesmutter war der Erfolg aus rechtlichen Gründen nicht zu versagen. Infolge der i. J. 1931 erlassenen Beschlüsse des AG. aus § 1677 BGB. ruht sowohl die elterliche Gewalt des Kindesvaters wie auch die der seit 1933 anderweit verheirateten Kindesmutter, obwohl die Tochter seit drei Jahren wieder bei dieser lebt. Mithin steht die volle elterliche Gewalt und damit das hier der BeschwF. entzogene Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (§§ 1631, 1627 BGB.), dem seinerzeit bestellten Vormund zu.

Das Ruhen der elterlichen Gewalt wirkt auch über den Zeitpunkt der in der Zeit nach Erlaß der Beschlüsse aus § 1677 BGB. erfolgten Scheidung der Kindeseltern hinaus und hindert die Anwendung des § 1635 BGB., d. h. den Anfall des Rechts der Sorge für die Person des Kindes an die BeschwF. Denn „gleichwie der Elternteil, dem das Recht der Sorge für die Person eines Kindes während bestehender Ehe gem. § 1666 BGB. entzogen ist, dieses Recht nach Scheidung der Ehe auf Grund einer Anordnung aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. so lange nicht wiedererlangen kann, als die Maßnahme aus § 1666 BGB. noch fortbesteht (JFG. 5, 56), muß“ nach den überzeugenden Ausführungen des KG. in HöchstRRspr. 1933 Nr. 1088, denen sich das BeschwG. anschließt, „Entsprechendes auch dann gelten, wenn das VormGer. gem. § 1677 BGB. das Ruhen der elterlichen Gewalt dieses Elternteils festgestellt hat... Sowohl für den Eintritt der gesetzlichen Regelung aus § 1635 BGB. wie auch für eine abweichende Anordnung ist daher Voraussetzung, daß bei demjenigen Elternteil, dem Rechte aus Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 zufallen sollen, keine Entziehung oder Einschränkung dieser Rechte stattgefunden hat“.

Hieraus folgt, daß der BeschwF. das Recht, für die Person ihrer Tochter zu sorgen, nicht zusteht, auch nicht im Rahmen des § 1697 BGB. Mithin konnte ihr nicht das, einen Teil des Personenrechts bildende Recht, den Aufenthalt ihres Kindes zu bestimmen, entzogen werden. Vielmehr stehen diese zur elterlichen Gewalt gehörenden Rechte allein und uneingeschränkt dem Vormund des Kindes zu.

(LG. Berlin, Beschl. v. 11. Juni 1936, 238 T 6593/36.)

*

streckungsbehörde zustehen, also im vorl. Falle der Regierungshauptkasse.

(LG. Dortmund, Beschl. v. 4. Mai 1936, 8 T 340/36.)

*

80. Hat der zur Räumung verurteilte Mieter es versäumt, rechtzeitig die Verlängerung der Räumungsfrist zu beantragen, so ist es unzulässig, die Räumungsfrist auf Grund des VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934 zu verlängern, es sei denn, daß ein asoziales Verhalten des Vermieters vorliegt.

Der zur Räumung verurteilte Mieter, dessen Wohnung der Mieterschutzgesetzgebung unterliegt, hat acht Tage vor Ablauf der ihm bewilligten Räumungsfrist deren Verlängerung beantragt. Das AG. hat dem Antrage stattgegeben. Die sofortige Beschw. des Vermieters war begründet.

Nach § 5 a Abs. 2 MietSchG. muß die Verlängerung der Räumungsfrist spätestens zwei Wochen vor Ablauf derselben beantragt werden. Diese Frist ist eine Ausschlußfrist und kann nicht abgeändert werden. Der Antrag des Mieters war daher verspätet. Die Verlängerung der Räumungsfrist auf Grund des VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934 ist nicht begründet. Es ist zwar richtig, daß die Nichtverlängerung der Räumungsfrist bei dem herrschenden Wohnungsmangel eine gewisse Härte für den Mieter bedeutet. Die Anwendung des Ges. v. 13. Dez. 1934 setzt aber voraus, daß das Vorgehen des Gläubigers eine dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechende Härte darstellt. Das Verhalten des Vermieters muß asozial sein. Diese Voraussetzungen sind aber bei dem vorl. Sachverhalt nicht gegeben, da der Vermieter die zu räumende Wohnung selbst dringend benötigt und dem Mieter seit der vor mehr als sechs Monaten erfolgten Kündigung ein angemessener Zeitraum zur Beschaffung einer Ersatzwohnung zur Verfügung stand. Der Mieter hatte ferner die Möglichkeit, rechtzeitig eine Verlängerung der Räumungsfrist nach § 5 a Abs. 2 MietSchG. zu beantragen. Da er die dafür vorgesehene Frist, die gerade zum Schutze des Vermieters eine Verlängerung der Räumungsfrist im letzten Augenblick vermeiden soll, versäumt hat, ist es nicht angängig, dem Mieter unter Umgehung des § 5 a Abs. 2 MietSchG. eine weitere Räumungsfrist auf Grund des VollstrMißbrG. zu gewähren.

(LG. Dortmund, Beschl. v. 14. Mai 1936, 8 T 374/36.)

*

Magdeburg

81. § 811 ZPO. Fertigwaren sind pfändbar.

Durch Ges. v. 22. März 1934 ist der Vollstreckungsschutz des § 18 VO. v. 26. Mai 1933 dahin gelockert worden, daß der Schuldner einer Pfändung von Fertigwaren nicht mehr widersprechen kann. Maßgebend für diese Regelung war, daß die Verwertung verkaufsfertiger Waren sich wirtschaftlich von einer Verwertung betriebsnotwendiger Gegenstände, wie z. B. der Einrichtungsgegenstände oder der Stoffe, die zur Verarbeitung im Betriebe bestimmt sind, wesentlich unterscheidet. Einmal hindert die Wegnahme verkaufsfertiger Waren nicht in gleichem Maße die Fortführung des Betriebes. Weiterhin ist bei Fertigwaren nicht ebenso mit einer Verschleuderung zu rechnen wie bei sonstigen Sachen, die im Betrieb gepfändet werden (Pfundtner-Neubert, Anm. 2 Abt. IIb Nr. 9). Der Gläubiger kann also gepfändete Fertigwaren des Schuldners ohne weiteres verwerten.

Zu prüfen bleibt aber noch, ob Fertigwaren nach § 811 Ziff. 5 ZPO. überhaupt pfändbar sind. Durch § 811 Ziff. 5 ZPO. soll der Erwerb durch persönliche Arbeit im Gegensatz zur Ausnutzung von Maschinenkräften geschützt werden. Nach dem Wortlaut des § 811 Ziff. 5 ZPO. sind der Pfändung nicht unterworfen „die zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände". Hierzu gehören Werkzeuge, Maschinen, Materialien und Hilfsmaterialien, die zur Verarbeitung eines Stoffes dienen, nicht aber Warenbestände. Diese waren schon nach § 811 Ziff. 5 a. F. dem Zugriff der Gläubiger nicht entzogen (Stein-Jonas, 12./13. Aufl., IV 5b zu § 811). Die neue Fassung hat in dieser Hinsicht keine Änderung gebracht (Stein-Jonas, IV 5b, 15. Aufl., zu § 811).

Würde man die Warenvorräte nach § 811 Ziff. 5 ZPO. für unpfändbar erklären, so wäre die Aufhebung des Pfändungsschutzes für Fertigwaren überhaupt nicht zu verstehen. Welchen Zweck soll eine solche gesetzliche Regelung haben, wenn für den Gläubiger ein Verwertungsverbot nicht besteht, wohl aber ein Pfändungsverbot nach § 811 Ziff. 5 ZPO. (Stein-Jonas, 15. Aufl., I 1 zu § 811). Es kann nicht Sinn und Zweck des Ges. v. 24. Okt. 1934 sein, die Verwertungsmöglichkeit, die das Ges. v. 22. März 1934 den Gläubigern gegeben hat, durch die spätere Neufassung des § 811 Ziff. 5 ZPO. wieder aufzuheben. Eine solche Auslegung läßt sich auch aus dem Wortlaut dieses Paragraphen nicht herleiten. Nach dem Wortlaut fallen Fertigwaren nicht unter § 811 Ziff. 5 ZPO., da sie nicht zu den zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenständen gehören. Bei ihnen ist der Arbeitsprozeß, der durch Pfändungen nicht gestört werden soll, schon beendet.

(LG. Magdeburg, 6. ZK., Beschl. v. 16. Mai 1936, 6 T 159/36.)

*

Münster (Westf.)

82. §§ 1333, 1337, 1339 BGB. Kinderlose Rassenmischehen, gegen deren Anfechtung der nichtarische Teil nichts einwendet, können auch jetzt noch und später für nichtig erklärt werden.

Der Kl. ist evangelischen Bekenntnisses, die Bekl. ist Jüdin. Dem Kl. war im Zeitpunkte der Heirat die Zugehörigkeit der Bekl. zum Judentum bekannt. Der letzte eheliche Verkehr fand im Aug. 1935 statt. Seit dem 13. Jan. 1936 leben die Parteien voneinander getrennt.

Der Kl. behauptet, er habe im Zeitpunkte der Heirat und auch nachher in der Bekl. als Jüdin lediglich eine Angehörige eines anderen Glaubensbekenntnisses erblickt. Davon, daß der Jude ein Mensch anderer Rasse als der Arier sei, habe er erst durch die Nürnberger Gesetze, insbes. das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, sichere Kenntnis erhalten. Er will deshalb die Ehe mit der Bekl. wegen Irrtums über die rassische Andersartigkeit der Bekl. anfechten.

Die Anfechtungsklage ist gem. § 1333 BGB. begründet.

Die Bekl. gehört als Jüdin einer anderen Rasse an als der Kl. Die Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse stellt eine persönliche Eigenschaft der Bekl. i. S. des § 1333 BGB. dar, weil die rassische Eigenart eines Menschen nach natürlicher Lebensanschauung wesentliches Merkmal seiner Persönlichkeit ist. Die Erkenntnis des Rasseproblems ist in weiteste Bevölkerungskreise erst eingedrungen durch die umfassende Aufklärungsarbeit, die nach dem Siege der nationalsozialistischen Weltanschauung am 30. Jan. 1933 eingesetzt hat. Die Kammer ist deshalb im Gegensatz zum RG. (vgl. RGZ. 145, 1 ff. = JW. 1934, 2613[4]; 1934, 2593[1]) der Ansicht, daß zugunsten des Kl. für seinen behaupteten Irrtum über die Rasse der Bekl. im Zeitpunkte der Eheschließung eine tatsächliche Vermutung streitet, denn besondere Umstände, aus denen man entnehmen müßte, daß der Kl. eine frühere und bessere Erkenntnis von diesen Dingen gewonnen hätte als die breite Masse der Bevölkerung, sind nicht ersichtlich (ebenso OLG. Celle: JW. 1935, 1445[12]; Maßfeller: DJ. 1934, 1103). Der Kl. würde auch bei Kenntnis der wahren Sachlage und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Ehe mit der Bekl. nicht geschlossen haben. Das ergibt sich schon daraus, daß er bei Kenntnis des Rasseproblems an sich auch erkannt haben würde, daß der jüdische Eheteil seine rassischen Eigentümlichkeiten selbst dann auf die Nachkommen vererbt, wenn sie bei ihm selbst nicht stark in Erscheinung getreten sein sollten. Eine solche Rassenmischung, die für die Gesundheit und Stärke des Volksganzen ernste Gefahren mit sich bringt, würde der Kl. aber nicht bewußt herbeigeführt haben. Die Voraussetzungen des § 1333 BGB. sind somit gegeben.

PrOKG.

Zivilsachen

ZPO. gegenüber. Nur bis dahin wird das Verfahren von den Grundsätzen des Zwangsvollstreckungsrechts beherrscht. Auf die Strafvollstreckung aber können weder die Vorschr. der ZPO. noch die zu ihrer Ergänzung erlassenen Best. angewendet werden, auch nicht diejenigen, die zum Schutz gegen mißbräuchliche Zwangsvollstreckung erlassen sind.

Ist die Straffestsetzung rechtskräftig, so wird sie durch eine nachträgliche Aufhebung des Verbots so wenig berührt wie ein rechtskräftiges Strafurteil durch die Aufhebung des ihm zugrunde liegenden Gesetzes. Die Aufhebung des Vollstreckungstitels oder die Rücknahme des Strafantrags nach rechtskräftiger Straffestsetzung kann weder die Aufhebung des Beschlusses noch die Rückzahlung der beigetriebenen Strafe zur Folge haben. Die strafrechtlichen Vorschr. über die Bildung einer Gesamtstrafe greifen ein. Die Geldstrafe fließt in die Staatskasse. Die der Geld- oder Haftstrafe im Falle des § 890 ZPO. hiernach zukommende Bedeutung einer wirklichen Strafe schließt die Überlassung ihrer Vollstreckung an den Gläubiger aus; die Strafe ist also von Amts wegen zu vollstrecken (vgl. Stein-Jonas III zu § 890 ZPO.; KG.: HöchstRRspr. 1931, 711).

Die strafrechtliche Natur der Zwangsstrafe kommt auch darin zum Ausdruck, daß sie vollstreckt werden muß, obwohl das gerichtliche Verbot befristet war und nach der Zuwiderhandlung die Frist abgelaufen ist.

Die Zwangsstrafe ist somit in beschränktem Umfang eine Beugestrafe des Vollstreckungsrechts. Mit der Rechtskraft der Straffestsetzung wird sie eine zur Sühne für ein Unrecht, nämlich für Mißachtung eines gerichtlichen Gebots oder Verbots verhängte Rechtsstrafe. Nur noch die allgemein im Strafrecht gegebenen Rechtsbehelfe, also auch Gnadenerweise, stehen dann zur Verfügung. Lediglich das Ermessen der Strafvollstreckungsbehörde ist für die Entsch. der Frage, ob Strafaufschub zu gewähren ist, maßgebend. Daß dabei der ursprüngliche Zweck der Strafe als Beugemittel zu berücksichtigen ist, liegt auf der Hand. Was zu veranlassen ist, um die Belange des Gläubigers hinreichend erkennbar zu machen, ist ebenfalls eine Ermessensfrage. Es bleibt dem Gläubiger unbenommen, auch von sich aus auf die für ihn wichtigen Gesichtspunkte hinzuweisen. Aber der Weg des § 793 ZPO. ist ihm verschlossen, sobald die Straffestsetzung Rechtskraft erlangt hat.

Die Anschauung über die Natur der Zwangsstrafe als einer nach strafrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Rechtsstrafe hatte sich schon ehedem immer allgemeiner durchgesetzt. Hätten in einzelnen Punkten noch Zweifel bestehen können, so würden sie der neuen Rechtsentwicklung nicht standhalten. Wird zur Sühne einer Verletzung gerichtlichen Gebots oder Verbots eine Strafe verhängt, so kann nach dem Eintritt der Rechtskraft der Gläubiger nicht dazu verstattet werden, durch Rechtsmittel in die Strafvollstreckung einzugreifen. Die Rechte des Gläubigers sind dadurch nicht in unbilliger Weise verkürzt. Denn er kann erwarten, daß die Strafvollstreckungsbehörde die richtigen Maßnahmen trifft. Ihrem Ermessen sind dadurch bei der Durchführung der Strafvollstreckung Richtlinien bestimmt, aber keine Grenzen in dem Sinne gezogen, daß sie in jedem Falle die Vollstreckung durchführen müßte. In Ausnahmefällen kann ein Gnadenerweis den Belangen des Gläubigers sehr erheblich zuwiderlaufen, aber dennoch dem Recht am besten genügen. Auf den Vollzug der Strafe hat der Gläubiger kein Recht (vgl. Stein-Jonas I und III 3 zu § 890 ZOP.). Das Rechtsmittel ist also nicht nur durch die Art der Ausgestaltung des § 456 StPO., die sich aus seiner Stellung im Strafrecht ergibt, sondern schlechthin unstatthaft und war deshalb gem. § 574 S. 2 ZPO. als unzulässig zu verwerfen.

(OLG. Naumburg, 2. ZivSen., Beschl. v. 14. Febr. 1936, 2 W 8/36.)

Anmerkung: Die h. A., wie sie sich aus den im wesentlichen übereinstimmenden kurzen Äußerungen der Komm. zu § 890 ZPO. ergibt, beschränkt sich im wesentlichen auf die Feststellung, daß bei Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungs- und Duldungsurteile die rechtskräftig festgesetzte Strafe ein echtes, der Parteidisposition entzogenes Strafübel ist, das strafrechtlichen Normen untersteht. Der vorl. Fall ist insofern interessant, als er dem Gericht Gelegenheit gegeben hat, aus dieser Auffassung nach verschiedenen Richtungen Schlußfolgerungen zu ziehen:

a) Für die Strafvollstreckung ist es ohne Belang, ob das Verbot in dem Urteil auf eine bestimmte Zeit beschränkt war und, wie im konkreten Falle, infolge vielmonatiger Hinzögerung der Strafvollstreckung diese schließlich noch in einer Zeit zu erledigen ist, wo das Verbot bereits abgelaufen ist.

b) Weiter ist durchaus richtig, daß mit Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses die Angelegenheit aus der Sphäre der zivilgerichtlichen Zwangsvollstreckung vollends entrückt wird. Daraus ergibt sich ein Doppeltes: der Vollstreckungsgläubiger kann weder durch eine Rücknahme des Vollstreckungsantrags der Strafvollstreckung den Boden entziehen noch umgekehrt sich in der Strafvollstreckung als Beteiligter i. S. der Durchführung der Vollstreckung beschwerdeführend betätigen — ebensowenig, wie etwa der Verletzte, gleichviel ob er als Nebenkläger aufgetreten ist oder nicht, sich mit Anträgen oder Beschw. in die Strafvollstreckung mischen kann.

c) Vollstreckungsbehörde i. S. der StPO. ist das Prozeßgericht, das die Strafe festgesetzt hat. Ihm steht daher auch in entsprechender Anwendung des § 456 StPO. die Entsch. darüber zu, ob dem Verurteilten etwa mit Rücksicht auf außerhalb des Strafzweckes liegende Nachteile ein Aufschub zu gewähren ist. Lehnt die StA. im entsprechenden Falle als Strafvollstreckungsbehörde ein dahingehendes Gesuch ab, so ergibt sich ohne weiteres aus dem Behördenaufbau die Möglichkeit der Beschw. an die der StA. vorgesetzte Stelle. Beim Prozeßgericht ist eine vorgesetzte Stelle in diesem Sinne nicht vorhanden. Es dürfte hier aber wohl mehr i. S. der entsprechenden Anwendung der strafprozessualen Vorschr. liegen, die Beschw. an das übergeordnete Gericht zuzulassen als die Ablehnung eines Strafaufschubgesuchs als jeder Anfechtung entzogen anzusehen.

d) Endlich ist in der Entsch. zutreffend auf die Möglichkeit eines Gnadenerweises hingewiesen. Dies entspricht auch der seit jeher bestehenden Verwaltungspraxis. Hier ist allerdings große Zurückhaltung am Platze, denn nur gar zu leicht kann der Gnadenerweis bei den Beteiligten die Vorstellung erwecken, es sei der Gnadeninstanz nicht sowohl um einen Akt der Milde als um eine Korrektur des von dem Vollstreckungsgläubiger erstrittenen Urteils zu tun gewesen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Deutsches Gerichtskostengesetz

66. § 4 DGKG.; NotVO. v. 14. Juni 1932; § 20 Ziff. 2 DGKG.; §§ 445, 619 ZPO. Porto für Gerichtskostenrechnung gehört zum Kostenansatz und rechnet zur Beschwerdesumme. — Keine kostenrechtliche Beweisaufnahme bei Irrtum des Gerichts.

Die Beschw. richtet sich gegen den Ansatz der gerichtlichen Beweisgebühr in Höhe von 50 *RM* zuzüglich 0,08 *RM* Portokosten. Die Beschw. ist zulässig. Denn die Beschwerdesumme, die nach der NotVO. v. 14. Juni 1932 bei Beschw. gegen den Kostenansatz aus § 4 DGKG., § 567 ZPO. übersteigen muß, ist gewahrt, obwohl die Gebühr selbst nur 50 *RM* beträgt. Durch die Novelle v. 27. März 1936 zum DGKG. ist in § 72 Ziff. 1 als c eine Vorschrift dahin eingefügt worden, daß als bare Auslagen des Gerichts auch die Portoauslagen für die Übersendung der Gerichtskostenrechnung sich darstellen. Damit gehören auch derartige Portoauslagen mit zum Kostenansatz, dessen Höhe für die Zulässigkeit der Beschw. maßgebend ist.

Die Beschw. mußte auch sachlich Erfolg haben. Denn ein Beweisaufnahmeverfahren hat nicht stattgefunden. Zwar heißt es im Tatbestand des landgerichtlichen Urt., daß die Parteien

des Vorderrichters wird vom RG. mit der Begründung aufgehoben, daß das StGB. den Begriff der Familienehre nicht kenne und die „Mehrheit physischer Personen, welche eine Familie bilden“, nicht Träger der Ehre sein können, die vielmehr nur dem einzelnen zustehe. Auch der Vater persönlich sei nicht beleidigt. „Seine persönliche Geltung innerhalb der menschlichen Gesellschaft wird allein durch die Behauptung des Fehltritts seiner Tochter nicht angegriffen.“ Noch schroffer und unbefriedigender äußert sich das Urteil des RG.: JW. 1912, 934[12]: Der Angekl. hatte sich in Gegenwart eines verheirateten Mannes damit gebrüstet, daß dessen Frau sich ihm hingegeben habe. Das RG. hat dazu nur zu bemerken: „Inwiefern hierin der Ausdruck der Mißachtung gegenüber dem Ehemann D. oder die Behauptung einer ihn verächtlich machenden Tatsache zu finden ist, erhellt nirgends.“ Eine „Mehrheit von natürlichen Personen, die eine eheliche Gemeinschaft oder eine Familie bilden“, können nach geltendem Recht nicht als Träger einer Ehre anerkannt werden. „Die Heranziehung des Ehemannes als Verletzten ist von diesem rechtlichen Gesichtspunkt vollends unverständlich.“ (!) Auch die in der LZ. 1928, 982 veröffentlichte Entscheidung des 1. Senats vermag keine Beleidigung der Ehefrau aus einem an sie gerichteten Schreiben herauszulesen, in dem ihr Mann als „Hurenhengst“ und „Hurenkerl“ bezeichnet und mit ähnlichen Beschimpfungen belegt wird. Auch diese Entscheidung betont, daß das geltende Recht einen Schutz der Familienehre nicht kenne. Die Rechtsprechung steht mit dieser Auffassung durchaus nicht allein. Im wissenschaftlichen Schrifttum wird die Beleidigungsfähigkeit der Familie selbst von denen in Abrede gestellt, die den Ehrenschutz der Gesamtheiten grundsätzlich bejahen. Denn sie entspricht nicht den Anforderungen, die von den meisten an die Zubilligung des Ehrenschutzes gestellt wird. Sie ist kein organisierter Verband, hat keine juristische Selbständigkeit. Eine Stellungnahme, die eindeutig zeigt, daß auch diejenigen Kriminalisten der Jahrhundertwende, die den Ehrenschutz der Gesamtheit vertreten, von einem Gemeinschaftsdenken im Sinne unseres völkischen Strafrechts sehr weit entfernt sind.

Die Begründung der angeführten Urteile macht deutlich, daß wie die Gemeinschaft überhaupt, so auch die Familie vom Einzelnen her gesehen wird. Sie erscheint nicht als eine lebendige und auf gemeinsamer Abstammung beruhende Gemeinschaft, erst recht nicht als die Generationen umfassende Sippe, sondern als eine Mehrheit von Individuen, die durch bestimmte Rechtsbeziehungen verbunden sind.

II.

Es liegt auf der Hand, daß auch diese Frage durch die nationalsozialistische Revolution ein neues Gesicht bekommen hat. Das gilt nicht nur für den Ehrenschutz der Familie, sondern für den der Gemeinschaft überhaupt und im ganzen. Im Mittelpunkt unseres Rechtsdenkens steht die Gemeinschaft, zunächst als alle einzelnen und alle anderen Gemeinschaften tragende und umspannende Gemeinschaft die Volksgemeinschaft. Das deutsche Volk hat eine Ehre, ohne die ein Volk gar nicht bestehen kann. Der Ehrenschutz des deutschen Volkes, dessen Fehlen wie nichts anderes das Wesen und den Geist des vergangenen Strafrechts beleuchtet[6]), ist eine der wichtigsten und drängendsten Aufgaben des neuen deutschen Strafrechts. Was aber für das Volk im ganzen zutrifft, das gilt auch für die Gemeinschaften innerhalb des Volkes. Nur dort ist eine wirkliche Gemeinschaft vorhanden, wo eine Gemeinschaftsehre entsteht, und es ist ein natürlicher und im Lebensgesetz der Gemeinschaft begründeter Vorgang, daß dort, wo Gemeinschaften entstehen, sich alsbald eine Ehrengerichtsbarkeit zu bilden beginnt, die die Reinheit der Gemeinschaftsehre zu wahren hat. So hat das Erlebnis unserer Zeit den Grundsatz beseitigt, daß nur der einzelne Träger einer Ehre sei, daß nur das Individuum einen sittlichen Wert habe. Das Vorhandensein einer eigenen Ehre ist vielmehr Voraussetzung und Grundlage für den Bestand der Gemeinschaft und damit auch für Existenz und Ehre des Einzelnen, die nur in der Gemeinschaft besteht. Mit der Gemeinschaft überhaupt aber steht **schon nach geltendem Recht** ihre Ehre unter dem Schutze des Strafrechts.

Gerade auf diesem Gebiet hat sich jetzt schon ein grundlegender Wandel vollzogen. In weitem Umfange hat die neuere Gesetzgebung das deutsche Volk, die NSDAP. mit ihren Gliederungen, die Wehrmacht, den Freiwilligen Arbeitsdienst, den Reichsluftschutzbund, den Deutschen Luftsportverband, die Technische Nothilfe gegen Angriffe auf ihre Ehre geschützt[7]). Die Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums hat diese Bestimmungen aufgenommen und wesentlich erweitert. Darüber hinaus soll der Ehrenschutz der Gemeinschaft allgemein anerkannt und im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben werden[8]). Im wissenschaftlichen und rechtspolitischen Schrifttum endlich hat sich eine starke Gegenströmung gegen die herrschende Lehre gebildet. Der Standpunkt der Rechtsprechung wird heute nahezu allgemein abgelehnt und als dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden widersprechend bekämpft[9]).

Vor allem aber hat sich neuerdings in der Rechtsprechung selbst eine bedeutsame Veränderung vollzogen. Zunächst hat das OLG. Hamburg durch Urteil v. 18. März 1935: HöchstRRspr. 1935 Nr. 1348 die Beleidigungsfähigkeit der Gemeinschaft grundsätzlich bejaht, nämlich eine Beleidigung des Stahlhelm als solchen für gültig erklärt. In gleichem Sinne hat sich der 3. Senat des RG. in einer Entscheidung v. 12. März 1936: JW. 1936, 1446[15] = DJ. 1936, 608 ausgesprochen. Damit hat sich der Ehrenschutz der Gemeinschaft auch in der Rechtsprechung durchgesetzt und ist in Praxis und Wissenschaft eine grundsätzliche Übereinstimmung erzielt.

III.

Es fragt sich, was dieser Wandel der Anschauungen für den Ehrenschutz der Familie bedeutet. Die grundsätzliche Stellungnahme ist, so sollte man denken, auch insoweit nicht schwierig. Die Familie ist geradezu das Urbild der Gemeinschaft. Sie hat ein eigenes, selbständiges Leben und einen auf gemeinsamer Abstammung beruhenden inneren Zusammenhalt. Sie ist ebenso wie das Volk so sehr eine Gemeinschaft, daß sie einer Verbandsform oder juristischen Persönlichkeit, einer formalen Rechtsfähigkeit überhaupt nicht bedarf. Was ein formaljuristischer Positivismus bemängelte und als Hindernis für die Zubilligung des Ehrenschutzes empfand, das hat seinen tieferen Grund gerade in der Eigenart der Familie als einer echten Gemeinschaft. Für ein wirkliches Gemeinschaftsdenken unterliegt es also gar keinem Zweifel, daß

---

[6]) Vgl. **Rosenberg**, Der Mythus des 20. Jahrhunderts, 17.—20. Aufl., 1934, S. 564 f.

[7]) Vgl. §§ 90 f (Ges. v. 24. April 1934), 134 a (VO. v. 19. Dez. 1932), 134 b (Ges. v. 28. Juni 1935) StGB., §§ 1, 2, 8 Ges. gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutze der Parteiuniformen v. 20. Dez. 1934. In diesem Zusammenhange ist auch das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 15. Sept. 1935 zu nennen.

[8]) Vgl. **Gürtner**, Das kommende deutsche Strafrecht, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., Besonderer Teil, 1936, S. 30 f., 75, 100 f., 109 f., 261 f. (Schutz von Volk und Bewegung), 114 (Schutz der Rassenehre), 123, 127 f. (Schutz der Wehrmacht), 141 (Schutz des Arbeitsdienstes), 418 f. (Schutz der Gemeinschaftsehre überhaupt).

[9]) Vgl. **Noack**: Deutsches Recht 1934, 405 f.; **Dahm**: Deutsches Recht 1934, 418 und bei **Gürtner** II, S. 419; **Siegert**, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934, S. 110; **Adami**: DRZ. 1935, 337 f.; **Kuhn**: DJ. 1935, 1494 f.; **Freisler**, Gedanken zum Schutz der Bewegung im neuen Strafrecht, 1936 (Sonderdruck aus der Zeitschrift Deutsches Strafrecht), S. 22; **Graf von der Goltz**: Deutsches Strafrecht 1936, 209 f.; **Ritter**: Ztschr. der Akademie für Deutsches Recht 1936, 580 f.; **Freiesleben**, Ergänzungsband zum Kommentar von **Olshausen**, 1936, S. 181; **Ramm**, Der Ehrbegriff als Grundlage des Ehrenschutzes im Strafrecht, Strafr. Abh. H. 366, 1936, S. 76 f. Anders scheinbar noch die Denkschrift des Preuß. JustMin. über Nationalsozialistisches Strafrecht, 1933, S. 80: „Als Träger der Ehre ist im folgenden nur der lebende Mensch behandelt.“ Um so stärker betont die Denkschrift den Schutz der Ehre von Volk, Reich und Heer. Vgl. S. 7, 21, 29, 33 f., 37.

Arglist bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften

(Zur neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts)

A.

Von Kreissyndikus Dr. Nauk, Nauen

Es ist alte, überall verbreitete Rechtsüberzeugung, daß das bürgerliche, insbesondere das Schuldrecht von dem Grundgedanken beherrscht wird, jeder müsse nach Treu und Glauben handeln und dürfe seine Rechte nicht mißbrauchen. Einen besonders ausgeprägten, obwohl durch das Gesetz nicht unmittelbar bedingten Ausdruck hat diese Überzeugung in der vom RG. seit langer Zeit anerkannten Einrede allgemeiner Arglist gefunden, die der Abwehr dessen dient, was gegen Treu und Glauben verstößt (RGZ. 58, 356; 64, 220 = JW. 1909, 683; RGZ. 71, 434 = JW. 1910, 157; RGZ. 72, 432 = JW. 1912, 235[2]; RGZ. 78, 282 = JW. 1914, 526; RGZ. 84, 131; 85, 108 = JW. 1915, 391; RGZ. 86, 192 u. a.). Es handelt sich bei ihr nicht um eine echte Einrede, denn der Richter soll das Verhalten, das mit ihr angegriffen wird, nicht erst und nur infolge des Angriffs, sondern schon von Amts wegen daraufhin prüfen, ob es mit Treu und Glauben in Einklang steht (RG.: JW. 1911, 210[3]; RGZ. 75, 78 = JW. 1912, 525; RGZ. 78, 347 = JW. 1914, 526; RGZ. 84, 136). Es braucht ihr nicht einmal echte Arglist zugrunde zu liegen. Es braucht nämlich, um die Willensentschließung des Erklärenden zu beeinflussen, ein Irrtum, der entweder vom Handelnden selber hervorgerufen oder als vorhanden erkannt worden ist, nicht vorsätzlich benutzt zu werden (JW. 1909, 308). Vielmehr wird jedes Handeln gegen Treu und Glauben in und außerhalb des Prozesses als arglistig bezeichnet und rechtlich mißbilligt.

Nicht ganz einheitlich hat sich der Arglisthinweis (Replik der gegenwärtigen Arglist [RG.: JW. 1936, 727]) gegenüber den Formvorschriften des bürgerlichen Rechts entwickelt. Schrifttum und Rspr. (Reichel: ArchZivPr. 104, 1; RGZ. 52, 205; Warn. 1908 Nr. 38; auch Prot. 2, 696) haben früher den Standpunkt vertreten, daß die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber den gesetzlichen Formvorschriften versagen müsse, weil sonst jede Formvorschrift bedeutungslos wäre. Erst in neuerer Zeit hat sich mit der einheitlichen Rspr. des RG. (RGZ. 107, 357 ff.; JW. 1924, 535; 1926, 1810; 1927, 2118 und die dort abgedr. Entsch.; JW. 1927, 2454; 1935, 505) zu § 313 BGB. eine Praxis herausgebildet, die etwa dahin geht: Verkauft der Rechtskundige A. dem Rechtsunerfahrenen B. privatschriftlich ein Grundstück und führt er den Käufer über die gesetzlich vorgeschriebene Form des Abkommens schuldhaft irre, so handelt er arglistig, wenn er sich hinterher auf den Mangel der Form des Vertrages beruft; er muß das Abkommen gegen sich gelten lassen. Der Irrtum muß aber schuldhaft, mindestens fahrlässig (§ 276 BGB.) verursacht sein. Haben beide Teile gewußt, daß der Vertrag der Form des § 313 BGB. bedarf, ist ein Irrtum nicht möglich. Auch wenn der rechtsgeschäftliche Wille in besonders nachdrücklichen Worten oder feierlicher Form verlautet, greift bei beiderseitiger Kenntnis der Formvorschrift der Arglisthinweis nicht durch (RGZ. 117, 121 = JW. 1927, 2118; JW. 1935, 505).

Die Abkehr von der früheren Ansicht, daß dem Arglisthinweis gegenüber gesetzlichen Formvorschriften unterschiedslos die Wirkung versagt sein müsse, muß als eine Fortentwicklung und Verfeinerung der Rspr. bezeichnet werden. Sie hat m. W. nirgends eine ablehnende Kritik erfahren. Das RG. ist offenbar auch bemüht, ein ganz bestimmtes Anwendungsgebiet innezuhalten, denn es fordert einen schuldhaft erregten Irrtum. In JW. 1936, 97 hat es zwar den Anschein, als käme es ihm nicht auf echtes Verschulden an. Es ist dort ausgeführt, daß der Einwand der Arglist überall da begründet sei, wo die spätere Geltendmachung der Nichtigkeit mit Rücksicht auf ein früheres Verhalten gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben verstieße (RGRKomm. z. BGB. § 125 Anm. 1). Das sei aber schon dann anzunehmen, wenn derjenige, der sich auf die Nichtigkeit berufe, durch sein Verhalten, wenn auch ohne böse Absicht, den anderen davon abgebracht habe, auf Einhaltung der Formvorschrift zu bestehen. Die Entscheidung operiert also schon mit dem Veranlassungsprinzip. Doch scheint sie gegenüber den klaren Einschränkungen anderer Urteile, wie z. B. JW. 1935, 505 und 1927, 2454 vereinzelt bleiben zu wollen. Wäre dem nicht so, so würde man diese Entwicklung für bedenklich halten müssen, weil sie zu Rechtsunsicherheiten führen kann. Im Grunde hat die Rspr. des RG. zu § 313 BGB. in ihrer erziehlichen Wirkung ohne Zweifel aufbauenden Charakter. Sie ist geeignet, die Geschäftsmoral zu heben, stellt Treu und Glauben über formales Recht und entspricht sicherlich dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes. Unbedenklich kann ihr Grundgedanke auch auf andere privatrechtliche Formvorschriften, wie § 518 (Schenkungsversprechen, z. B. RG.: JW. 1936, 97), § 766 (Bürgschaft) u. ä. angewendet werden.

Neuerdings zieht das RG. auch Formvorschriften des öffentlichen Rechts in den Bereich dieser Rechtsprechung. Dies zeigen seine Entscheidungen in JW. 1936, 727 a. E. und 1826. In beiden Fällen handelt es sich um Urteile des 6. Senats. In dem ersten Urteil v. 17. Okt. 1935 ist zwar die „Replik der gegenwärtigen Arglist" nicht durchgegangen, aber nur deswegen nicht, weil sie nicht substantiiert vorgebracht war. Es sei nicht dargetan, sagt das RG., daß der Irrtum über die Rechtsgültigkeit der Bürgschaftserklärung der beklagten Stadt von dieser schuldhaft verursacht worden sei. Solches Verschulden wäre unerläßlich (es werden die Entscheidungen RG. 107, 361 ff. und 180 [JW. 1924, 535; ferner JW. 1927, 2118 und 2454] angeführt). Dem zweiten Urt. vom 27. Febr. 1936 liegt kurz folgender Tatbestand zugrunde: Ein westlicher Kreis unter der Herrschaft der RheinKreisO. v. 30. Mai 1887 (PrGS. 209 ff.) hat Urkunden mit Zahlungsversprechen ausgestellt, die nicht der Form des § 81 RheinKreisO. entsprachen. Auf Zahlung verklagt, hat er sich auf die Formwidrigkeit der Erklärungen berufen. Das RG. hat ihn trotzdem verurteilt, weil der Kreissekretär dem Kl. auf fernmündliche Anfrage erklärt hatte, die Urkunden seien gültig, zwar nicht die streitigen, aber eine gleichartige, die früher ausgestellt und vom Kreis auch eingelöst war, und weil der Landrat, als die Kläger diese Auskunft schriftlich bestätigten, nicht geantwortet habe. Abgesehen von der m. E. mindestens ungenauen rechtlichen Beurteilung, die die Stellung eines Kreissekretärs als Vertreters eines Landrats in kommunalen Angelegenheiten darin erfährt[1]), ist diese Entscheidung für die Entwicklung des Arglistbegriffes bei formwidrigen Geschäften insofern neuartig, als dadurch der Arglisthinweis praktisch, d. h. in dem wirtschaftlichen Ergebnis, den Mangel einer Form zu heilen vermag, die nicht vom bürgerlichen Recht, sondern von einem öffentlich-rechtlichen Gesetz vorgeschrieben und eigentlich unheilbar ist[2]). Die damit angebahnte Rspr. ist von großer Bedeutung, auch für das neuere Recht der Verfassungen der Gemeinden und Gemeindeverbände. Dem § 81 RheinKreisO. entspricht § 137 KreisO. für die östlichen Provinzen (GS. 1872, 661). Beide preußischen Bestimmungen sind inzwischen (seit 1. Jan. 1934) durch die neue Formvorschrift im § 45 PrGemFinG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 442) abgelöst worden, die ursprünglich auch für die Gemeinden, jetzt aber nur noch und zwar bis zu der

---

[1]) Siehe § 80 Abs. 2 RheinKreisO., wo der Kreissekretär von den Kommunalsachen ausdrücklich ferngehalten wird. Für § 75 KreisO. f. d. östl. Prov., der gleich lautet, siehe Seger, Komm. z. KreisO., Anm. 238 zu h zu § 75.

[2]) Inwieweit auch die Fragen der Vertretung der oder des Unterzeichners der streitigen Urkunde dabei hätten erörtert werden müssen, läßt sich ohne genauere Kenntnis des Tatbestandes nicht beurteilen. Siehe hierzu Rilk: JW. 1936, 1827.

beabsichtigten gesetzlichen Neuregelung der Kreisverfassungen durch das Reichsrecht für die preußischen Kreise und Provinzen gilt. Besonders hervorzuheben ist hierzu, daß der zuständige Minister unter II d § 45 seiner vorläufigen Ausführungsanweisung zum GemFinG. v. 20. Dez. 1933 (MBliV. I, 501) ausdrücklich gesagt hat, Erklärungen, die unter Außerachtlassung der Vorschrift des § 45 Abs. 1 und 2 abgegeben würden, seien rechtsungültig, eine Feststellung, die ja dem § 125 BGB. durchaus entspricht. Für die deutschen Gemeinden gilt seit dem 1. April 1935 der § 36 DGemO. in der Fassung des § 3 der 2. DurchfVO. v. 25. März 1936 (RGBl. 273). Da in all diesen Gesetzesbestimmungen ein Satz, der den Arglisteinwand ausschließt, begreiflicherweise nicht enthalten ist, so ist die Frage berechtigt, ob die Fortentwicklung der Rspr. zu dem Arglisthinweis gegenüber den Formvorschriften der Verfassungsgesetze ebenso zu begrüßen ist wie die Rspr. zu § 313 BGB.

Es kommt für diese Erörterung nicht darauf an, welche Form in den einzelnen Verfassungsgesetzen vorgeschrieben ist, sondern darauf, daß diese Formvorschriften überhaupt in den Verfassungsgesetzen öffentlicher Körperschaften stehen. Sie verfolgen, wie die amtliche Einzelbegründung zur DGemO. zu § 36 unter Ziff. 2 sagt, gleichmäßig das Ziel, die Gemeinden vor unüberlegten und übereilten Erklärungen möglichst zu sichern. Auf die beteiligten Vertragsparteien bezogen, will § 313 BGB. und wollen schließlich die andern Formvorschriften des materiellen Privatrechts in ihrer Art das gleiche. Trotzdem sehe ich Unterschiede, die m. E. zu einer verschiedenen Beurteilung der Fälle führen. Auch wenn man die begriffliche Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht im Flusse der neueren Rechtsentwicklung vielfach zu verneinen sucht, so kann doch nicht geleugnet werden, daß die Betrachtungsweise und Beurteilung eines Tatbestandes nach öffentlich-rechtlichen und privat-rechtlichen Gesichtspunkten zu abweichenden Ergebnissen führen kann, weil die Ausrichtungen oder Ursache und Zweck des gesetzten Rechtes beider Richtungen verschieden sind. In der Entscheidung des RG.: JW. 1936, 1826 wie in der Stellungnahme Rilks zu ihr (a. a. O.) scheint mir diese Unterscheidung zu kurz gekommen zu sein. Ich kann Rilk nicht folgen, wenn er sagt, die Sonderheit des Falles, nämlich die Beteiligung der öffentlichen Hand als verpflichtender Partei sei nur gradmäßig für deren besondere Sorgfaltspflicht, nicht aber rechtlich von Bedeutung. Wie liegen denn die Dinge auf der Seite der öffentlichen Körperschaften in der Wirklichkeit?

Jede juristische Person handelt durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter, z. B. die Aktiengesellschaften durch ihren Vorstand, die Kreise grundsätzlich durch die Landräte, die Gemeinden durch die Bürgermeister oder Oberbürgermeister. In ihrer Verwaltung wirken eine mehr oder minder große Zahl von Beamten, Angestellten und Arbeitern mit, von denen einzelnen wiederum Vertretungseigenschaft unter gewissen Voraussetzungen verfassungsmäßig zugeteilt ist oder werden kann[3]). Damit das Führerprinzip bei den öffentlichen Körperschaften wirklich zur Geltung kommt und die leitende Persönlichkeit auch wirklich die Verantwortung tragen kann, die das Gesetz ihr auferlegt, verlangt der Gesetzgeber überall in den Verfassungsgesetzen in erster Linie die formale Unterschrift des Leiters der Körperschaft, in reinster Form jetzt in § 36 DGemO. Zur Kontrolle des verantwortlichen Leiters und auch wegen des Zwanges zu gemeinsamer Überlegung mit den früheren eigentlichen Organen der Willensbildung der Körperschaft waren in den älteren Gesetzen zusätzlich die Unterschriften von Mitgliedern des Kreisausschusses oder von Gemeindeschöffen und die Ausführung von Beschlüssen gefordert. Regelmäßig muß vorausgesetzt werden, daß der vom Staat ernannte oder von ihm gebilligte Leiter, der also das besondere Vertrauen des Staates genießt und wegen des festen Staatsgefüges genießen muß, die Gesamtübersicht hat. Nur er kann in der Regel endgültig darüber befinden, ob ein Geschäft notwendig und fördernd ist für das Gemeinwohl, das er zu wahren hat. Handelt sein Vertreter, so muß grundsätzlich auch er schon auf seine Eignung geprüft sein und die erforderlichen Eigenschaften haben. Alle übrigen Personen, die mit einer Verwaltungssache zu tun haben, sind Berater, insonderheit die vorbereitenden Sachbearbeiter. Daß sich bei erweiterter Dezentralisation und teilweiser Aufgabenübertragung an einzelne Beamte mit entsprechenden Vollmachten das Bild verschiebt, ändert nichts an dem aufgezeigten Grundsatz. Immer sollen die wichtigen Urkunden, zu denen u. a. die gehören, die die Körperschaft verpflichten, in erster Linie dem Leiter vorgelegt werden. Weil schließlich vier Augen mehr sehen als zwei und einer den andern ergänzen kann, soll damit auch die größte Gewähr für die Richtigkeit einer Maßnahme erreicht werden, die, herausgerückt aus dem vielleicht zu engen Gesichtskreis einer einzelnen Abteilung der Verwaltung, dem Gemeinwohl wirklich dienen kann. Diese von dem Gesetzgeber gewollte und ihrem Zweck nach doch wohl unbedingt richtige Erschwernis der Willensverlautbarung der Körperschaft soll nun einfach dadurch beseitigt werden können, daß eine nachgeordnete Stelle der Verwaltung, der meinetwegen sogar eine Art Vertretungsbefugnis zugeteilt sein mag, über die verfassungsmäßige Form eines Geschäfts am Fernsprecher — vielleicht übereilt — eine falsche Auskunft gibt?

Wie wichtig der Gesetzgeber von jeher gerade die Boden- oder Finanzpolitik der Gemeinden und Gemeindeverbände genommen hat, geht deutlich daraus hervor, daß er bis in die neuesten Gesetze hinein, zum Teil sogar in verschärfter Form verlangt, daß die Aufsichtsbehörde das Geschäft der Selbstverwaltung zu genehmigen habe (Ausnahmen z. B. für Grundstücksverkäufe s. die VO. z. Ausf des § 64 Abs. 2 PrGemFinG. [MBliV. v. 11. Juli 1934 Nr. 28]). Je nach der wirtschaftlichen oder sonstigen Bedeutung des einzelnen Geschäfts, sei es für die Gemeinde selber oder sei es darüber hinaus für die weitere Öffentlichkeit oder die Staatsfinanzen, sind Prüfungsinstanzen bis zum Minister eingeschaltet, weil das Gemeinwohl unter allen Umständen gewahrt werden soll. Rechtlich handelt es sich hier um Beschränkungen der Vertretungsmacht bei den Selbstverwaltungskörpern[4]). Ihnen gegenüber hat das RG. selber (JW. 1926, 1826 und die darin zit. Entsch. v. 21. Febr. 1935, VI 456/34) die Einrede der unerlaubten Rechtsausübung nicht zugelassen. Eine andere Rechtsauffassung würde ja auch mit den §§ 164 ff. BGB., insbes. §§ 177, 179 nicht in Einklang zu bringen sein (so mit Recht Rilk: JW. a. a. O.). Es hat an anderer Stelle (JW. 1927, 765) zu einem privaten Kaufvertrage, der einer behördlichen Genehmigung unterlag, ausgeführt, es bestünde eine gegenseitige Treupflicht der Parteien zur Herbeiführung der Genehmigung. Es arbeitet also u. U. auch dann mit dem Arglistbegriff und verbietet den Parteien ein Verhalten gegen Treu und Glauben, wenn und solange das Geschäft wegen einer ausstehenden Genehmigung schwebend unwirksam ist. Das nähert sich der Rechtslage nach § 160 BGB., wo der Gesetzgeber selber bei dem bedingten Geschäft das schuldhafte Vereiteln oder Beeinträchtigen verbietet. Wie nun, wenn der Leiter einer öffentlichen Körperschaft, der selber für diese einen größeren genehmigungspflichtigen Grundstücksverkauf abgeschlossen hat, bevor die Genehmigung vorliegt, seine ihm inzwischen gekommenen schweren Bedenken seiner übergeordneten Behörde berichtet, so daß diese daraufhin die Genehmigung versagt und das Geschäft hinfällig wird? Handelt er gegen Treu und Glauben? Vom Standpunkt des Käufers aus sicherlich, aber objektiv doch nicht. Er handelt vielmehr pflichtgemäß zur Wahrung des richtig verstandenen öffentlichen Wohles und würde sich pflichtwidrig verhalten, viel-

[3]) Siehe hierzu meine Ausführungen JW. 1936, 1571 zur „Vertretung der Gemeinden“, die die rechtlichen Schwierigkeiten aufzuzeigen suchen. Zu beachten ist auch die streitige Frage, welche Vertreter „verfassungsmäßig“ sind. Siehe z. B. RGZ. 53, 277; 74, 21; 79, 101. Das RG. sieht nur den durch Gesetz oder eine gleichwertige allgemeine organisatorische Bestimmung bestellten Beamten als verfassungsmäßigen Vertreter an.

[4]) Das RG. hat, worauf Rilk: JW. 1936, 1827 hinweist, früher JW. 1907, 442, auch die Formvorschrift für einen Kreisverband als „materielle Regelung der Vertretungsmacht“ bezeichnet. Diese Ansicht dürfte überholt sein. Die Form betrifft die Erklärung selber, die Vertretungsmacht dagegen die Person des Erklärenden. Beides ist zu trennen.

leicht sogar seiner Gemeinde schadensersatzpflichtig werden, mindestens aber disziplinarisch strafbar, wenn er seine Bedenken nicht nachträglich berichten würde. Rein privatrechtlich eingestellt und die Gemeinde lediglich als ein Rechtssubjekt wie jeden einzelnen Volksgenossen betrachtend, kann man natürlich aus § 242 BGB. konstruieren, die Gemeinde, d. h. also ihr Leiter müsse alles vermeiden, was die Erteilung der Genehmigung hindern könnte. Das ist für den Privatmann auch sicher richtig, aber wenn zwei dasselbe tun, so ist es eben u. U. doch nicht dasselbe. Die völlige Gleichstellung der natürlichen Person und der juristischen Person des öffentlichen Rechts läßt sich auf dem Gebiet des Privatrechts eben nicht durchführen. Man würde der Eigenart und Bedeutung des Selbstverwaltungskörpers nicht gerecht, wenn man beide mit gleichem Maß messen wollte. Die privatrechtliche Betrachtungsweise muß ihre Grenze finden, wo die Gesetze des öffentlichen Wohles mit ihren weitergehenden Zwecken zu herrschen beginnen. In dem aufgezeigten Falle stoßen sich öffentliche und private Belange. Dabei werden die privaten zurückweichen müssen, weil das Gemeinwohl vorgeht. Es wäre m. E. auch dann nicht anders zu entscheiden, wenn der Leiter der Körperschaft dem Käufer vorher nachdrücklich versichert hätte, er würde sich für die Genehmigung mit allen Mitteln einsetzen. Der Fall läge dann ähnlich, wie der JW. 1927, 2118 entschiedene, wo beide Vertragsteile bewußt ein formwidriges Geschäft eingingen und der eine trotz ehrenwörtlichen Versprechens, es zu erfüllen, sich nachher doch auf die Nichtigkeit berief. Auch dort hat das RG. dem Arglisthinweis nicht stattgegeben.

Staatliche Genehmigung eines Geschäfts der Selbstverwaltung und verfassungsrechtlich erschwerte Formen ihrer Verpflichtungserklärungen, die ja grundsätzlich zu den materiell-rechtlichen Formen des BGB. hinzukommen (vgl. wegen § 313 BGB. aber Art. 12 PrAusfG. z. BGB.), beide unterscheiden sich nur als Mittel zu dem gleichen Zweck, nicht aber in ihrem Zweck selber, der bei beiden die Sicherung des öffentlichen Wohles ist. Es ist daher nicht einzusehen, daß das eine, das Erfordernis der Genehmigung, unter allen Umständen von der Rspr. geachtet wird, das andere dagegen, die Form, mit dem Arglistbegriff soll wegkonstruiert werden können. Schließlich ist, was ja nebenbei auch zu beachten bleibt, jedes Verfassungsgesetz gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht ein Spezialgesetz. In anderen Zusammenhängen hat das RG. dem Gesichtspunkt auch Rechnung zu tragen gewußt, daß die Belange einer größeren Mehrheit gegenüber denen der Einzelperson vorgehen. Das ergibt sich z. B. aus seiner Rspr. zu §§ 227, 213 HGB., die die Freiheit des Aktionärs wegen der Sicherung des Bestandes der Gesellschaft einschränken. Das RG. hat dazu gesagt, es handele sich um einen handelsrechtlichen Grundsatz, der allen Vorschriften des bürgerlichen Rechts vorgehe. In ihrer Eigenschaft als Aktionär darf nach dieser Rspr. die Einzelperson z. B. keinen Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft geltend machen (RGZ. 88, 187). Sie darf auch ihre durch Mitgründung, Zeichnung oder Ausübung des Bezugsrechts bei der Gründung oder Kapitalerhöhung ausgesprochene Beteiligung an der Aktiengesellschaft nicht wegen Betruges, Drohung oder Irrtums anfechten (!) oder sonstige Umgehungsversuche machen, die ihr ihre Einlage wiederverschaffen sollen (JW. 1911, 771 = RGZ. 77, 11), weil eben Zeichnung und Übernahme Beitrittsakte sind, die auch der Allgemeinheit gegenüber wirken. Den gleichen Grundsatz wendet das RG. auf die Genossenschaft und die GmbH. an (s. RGZ. 57, 292; JW. 1908, 498, 469 = RGZ. 68, 344 und 309; 82, 375 = JW. 1913, 1042). Im Grunde handelt es sich auch bei diesen Entscheidungen nur darum, daß der Einzelne in der Ausübung der ihm sonst zustehenden Rechte beschränkt ist, wenn das übergeordnete Wohl einer Gemeinschaft es erfordert. Der Konstruktionsfehler in dem hier zur Erörterung stehenden Falle JW. 1936, 1826 liegt m. E. darin, daß der Begriff Treu und Glauben unrichtig angewendet wird. Die verantwortliche Leitung einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes, die ihren ursprünglichen Entschluß hinterher ändert, weil wichtige Gründe des öffentlichen Wohles sie dazu zwingen, handelt eben nicht gegen Treu und Glauben. Ist sie durch eine formell gültige Erklärung bereits gebunden, so kann die Körperschaft ohne Zustimmung des Vertragsgegners nicht mehr zurück und muß die Folgen tragen. Liegt aber nur eine Erklärung vor, die formell nicht richtig vollzogen, d. h. rechtlich also überhaupt nicht vorhanden ist, so kann und muß der verantwortliche Leiter der Körperschaft von der als fehlerhaft erkannten Maßnahme Abstand nehmen und sich auf die Formwidrigkeit berufen. Es liegt eben im Wesen einer gesetzlichen Formvorschrift begründet, daß, wenn die Form nicht gewahrt ist, die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens nicht verpflichtet, auch dann nicht, wenn er in besonders nachdrücklichen Worten oder feierlicher Form verlautet (so JW. 1927, 2118 = RGZ. 117, 121 und JW. 1935, 505). Hat die Formvorschrift noch den besonderen Zweck, das öffentliche Wohl zu wahren, so muß sie sich auch unter allen Umständen durchsetzen können und die Rspr. darf sie nicht daran hindern.

Wie sieht denn das Problem in der Betrachtung dessen aus, der das Geschäft mit der Körperschaft tätigt? Handelt es sich um eine kaufmännische Firma, z. B. um eine Bank (JW. 1936, 1826), so pflegt sie regelmäßig doch wohl ihre Rechtsberatung sich von dritter Seite zu holen und nicht gerade bei der Stelle, mit der sie ein Geschäft eingehen will. Handelt es sich um einen Privatmann, so kann man von ihm erwarten, daß er sich mindestens ähnlich verhält, wie wenn er mit einer Körperschaft bürgerlichen Rechts zu tun hätte, d. h. daß er sich erkundigt, wer verantwortlich zeichnen und handeln darf und wie das geschehen muß. Diese Erkundigung kann er natürlich auch bei der Behörde selber einziehen. Man wird durchaus der Ansicht sein müssen, daß das heutige Vertrauensverhältnis zwischen Behörde und Volksgenossen verlange, daß der Volksgenosse in seinem Vertrauen auf das Wissen von beamteten Personen durch falsche Auskünfte nicht geschädigt werden dürfe (so OVG.: JW. 1936, 756[49] und Rilk a. a. O., der auf diese Entscheidung sich bezieht).

Für einen Fall der vom OVG. entschiedenen Art, in dem diese Ansicht besonders zum Ausdruck kommt, mag der Grundsatz auch stets zutreffen, weil es sich dort um die Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei versäumter Rechtsmittelfrist handelt. Das OVG., das damit im übrigen von seiner früheren gegenteiligen Rspr. (OVG. 70, 99) abgewichen ist, hat aber selbst ausdrücklich festgestellt, der über die Rechtsmittelfrist falsch Belehrte müsse unter Berücksichtigung aller Umstände die die Auskunft erteilende Stelle als maßgebend ansehen dürfen. In etwa gleichem Zusammenhange habe ich selber vor kurzem in diesen Blättern (JW. 1936, 1577) ausgeführt, man dürfe nicht übersehen, daß das Ansehen einer Gemeinde auch auf dem Vertrauen derer beruhe, die gezwungen seien, rechtlich mit ihr zu verkehren, und daß die Berufung auf sog. Unzuständigkeiten (Vertretungsmängel) dieses Ansehen nur gefährden könne. Es ist aber schließlich ein Unterschied, ob man die Dinge in der Richtung einer künftigen Rechtsentwicklung betrachtet oder ob man bestehendes Recht anzuwenden hat; gelehrter ausgedrückt, ob man die Frage de lege lata oder de lege ferenda erörtert. Es wird kaum eine Verwaltung geben, in der jeder Beamte, der mit dem Publikum zu tun hat, gänzlich fehlerfrei arbeitet. Das wäre doch aber wohl, wenn nicht fühlbare Schäden für die Allgemeinheit befürchtet werden sollen, grundsätzlich die Voraussetzung einer Gesetzesbestimmung oder einer festen Rspr., die dahin ginge, daß der Schaden aus jeder irrigen Behördenauskunft von der Gemeinde oder dem Gemeindeverband zu tragen sei. Einmal ist die Materie selber, um die es sich hier handelt, durchaus nicht einfach. Vertretungsmacht, verpflichtender Charakter eines Schriftstücks oder einer sonstigen Erklärung — das sind Dinge, die auch dem zünftigen Juristen noch oft genug Kopfzerbrechen verursachen. Dann sind in den Abteilungen, die z. B. viel Aufträge in Bausachen erteilen, meist nur technisch geschulte Beamte, denen die Verwaltungs- und sonstige Juristerei zunächst einmal ferner liegt. Das soll keine Entschuldigung für die Verwaltung, sondern nur ein Hinweis auf wirkliche Gegebenheiten sein. Mit ihnen muß sich die Rspr. schließlich genau so abfinden

hoheitlichen

dem